

《刑法與刑事訴訟法概要》

一、A 住在某 5 層樓公寓之 5 樓。緣於 105 年 3 月 30 日夜間 23 時許，B 自該公寓之 5 樓頂以繩索下垂，翻過 A 住處陽臺外牆，進入屋內 A 房間欲竊取財物。其實此時 A 業已從睡夢中醒來。惟因見 B 手中握有水果刀一把，故仍假裝熟睡不敢抗拒。B 於搜得 A 放置於書桌上皮夾內之現金 5 千元後，再從 A 住處之大門離去。試問 B 應成立何罪名？（25 分）

命題意旨	本題為財產犯罪傳統考點，係針對加重竊盜罪各款的解釋，及測驗考生對於強盜罪之強暴要件的理解，必須充分解釋實務及學說見解後，才能在簡單的考題，從眾多考生中脫穎而出。最後還必須記得解決加重竊盜罪的競合問題。
答題關鍵	B 竊取 A 現金 5 千元的行為，是否構成刑法第 321 條第 1 項加重竊盜罪，除涉及強盜與竊盜之區分外，亦必須深入討論加重竊盜罪各款加重事由。此外，尚必須討論行為人同時該當數款加重竊盜罪之加重事由，應如何競合問題。
高分命中	《刑法爭議研究》，高點文化出版，2016 年 7 月，旭律師編撰，頁 8-25~28。

【擬答】

(一) B 竊取 A 現金 5 千元的行為，構成刑法第 321 條第 1 項加重竊盜罪。

1. 客觀上，B 竊取財物之行為，係破壞 A 對於財物之持有而建立自己持有，該當竊盜罪之要件；主觀上，B 除具有不法所有意圖外，亦明知並有意為之，具有竊盜之故意。惟本題涉及下列問題：

(1) B 竊取財物時，因握有水果刀至 A 不敢抗拒，是否構成刑法第 328 條第 1 項之強盜行為？管見認為，客觀上 B 必須以強暴等方式至他人不能抗拒，而所謂強暴，係指直接或間接對於人之身體施以暴力，壓制被害人之抗拒，或使被害人處於不能抗拒之狀態而言。而強盜罪之所謂「不能抗拒」，係指行為人所為之強暴、脅迫等不法行為，就當時之具體事實，予以客觀之判斷，足使被害人身體上或精神上達於不能或顯難抗拒之程度而言（最高法院 100 年台上字第 4496 號判決參照）。本件 B 未對於 A 施以直接或間接強暴，不符強盜罪之強暴要件，雖客觀上已造成 A 不敢抗拒，仍僅該當竊盜行為。

(2) B 翻過 A 陽臺外牆進入房間竊盜行為，房間既屬 A 之住宅，已該當刑法第 321 條第 1 項第 1 款侵入住宅竊盜之加重事由。

(3) B 攜帶水果刀行竊之行為，實務見解係以客觀角度出發，只要該器具客觀上具有危險性，不論行為人攜帶該器具之意圖是否是用來行兇，均該當刑法第 321 條第 1 項第 3 款之加重要件；而學說見解則行為人所攜帶之物件是否被評價為兇器，必須考量行為人攜帶時的特殊認知及使用該物件所呈現的危險能力等綜合判斷。管見認為，無論依實務或學說，水果刀係 B 於行竊時用已遭發現時防身所用，已足造成他人身體及生命危險，已該當刑法第 321 條第 1 項第 3 款攜帶凶器行竊之加重事由。

2. B 無阻卻違法及罪責或減免罪責事由，B 成立加重竊盜罪。

(二) 競合：

1. 實務見解認為，刑法第 321 條第 1 項所列各款為竊盜之加重條件，如：犯竊盜罪兼具數款加重情形時，因竊盜行為只有一個，仍只成立一罪，不能認為法律競合或犯罪競合。至於法院應如何於判決主文中表現行為人犯竊盜罪兼具數款情形？該判例指出：「判決主文應將各種加重情形順序揭明，理由並應引用各款，俾相適應。」（最高法院 69 年台上字第 3945 號判例參照）

2. 基此，B 雖該當數款加重竊盜罪之要件，依前開說明僅成立一個加重竊盜罪。

二、C 為賭博性電動玩具業者，D 則為負責該管區之警員。緣於 104 年 8 月 1 日，D 透過有犯意聯絡之妻 E 前往 C 之住處，向 C 表示：中秋節將屆，C 所經營賭博性電動玩具店之生意頗佳，如果致送 20 萬元之現款，則近期不會再來臨檢，上級如要求臨檢時會向其通風報信。C 以生意不佳為由請求減少賄款，惟 E 表示無法再減，否則 D 將天天來臨檢，使 C 之生意無法再經營。C 心有未甘，乃假裝答應，約其 3 日後來取款，同時向調查單位檢舉，待 E 前來取得該現款時，當場將 E 逮捕。試問依刑法 D 與 E 應成立何罪名？（25 分）

【版權所有，重製必究！】

命題意旨	本題在測驗考生對於基於檢舉目的而虛偽交付匯款，是否成立收受或交付賄賂罪之實務見解，能否清楚寫出並分析；此外，還牽涉不具身分之人與有身分之人共同犯罪及刑法第 31 條第 1 項之問題。本題亦為傳統考點，相信平穩答題就能得到高分。
答題關鍵	1.警員D向C索賄的行為，是否構成刑法第122條第1項之收受賄賂罪，涉及基於檢舉目的而交付賄賂，最高法院判例認為，送錢者主觀上係基於檢舉目的交付賄款，因該送錢者不構成交付賄賂；收錢者亦不因此構成收受賄賂，僅成立要求賄賂或期約賄賂罪（最高法院69年台上字第1760號判例參照）。 2.E 與員警 D 基於共同犯意聯絡期約賄賂行為，是否構成刑法第 122 條第 1 項期約賄賂罪之共同正犯，則涉及刑法第 28 條及 31 條第 1 項共犯與身分問題。
高分命中	1.《刑法爭議研究》，高點文化出版，旭律師編撰，違背職務收受賄賂或利益罪，2016年7月，頁10-5。 2.《高點刑法上課講義》第二回，旭台大編撰，無身分者參與犯罪共犯與身分，頁72。

【擬答】

(一)警員D向C索賄的行為，構成刑法第122條第1項期約賄賂罪。

1.客觀上，員警D係為依法令服務於國家所屬機關之公務員，其對於管區內賭博性電玩必須依法臨檢，惟其要求二十萬款項即不再臨檢，已屬違背職務行為，且該二十萬賄款與不臨檢之違背職務間具有對價關係；惟有疑問者在於，C係基於檢舉目的交付賄款，是否使D構成要求或期約賄賂罪？

(1)針對行為人基於檢舉目的而交付賄賂，最高法院判例認為，送錢者主觀上係基於檢舉目的交付賄款，因該送錢者不構成交付賄賂；收錢者亦不因此構成收受賄賂，僅成立要求賄賂或期約賄賂罪（最高法院69年台上字第1760號判例參照）。

(2)準此，C基於檢舉目的使員警D收受該款項，D無從成立收受賄賂罪，就前階段行為員警D既有要求賄賂，且亦有期約三日後收取賄款，僅就前階段該當期約賄賂罪之構成要件。

2.D無阻卻違法，罪責或減免罪責事由。

3.D成立本罪。

(二)E與員警D基於共同犯意聯絡期約賄賂行為，構成刑法第122條第1項期約賄賂罪之共同正犯（刑法第28條及31條第1項參照）。

1.客觀上，E與D基於期約賄賂之行為分擔，由E前往要求、期約賄款；主觀上又有共同犯意聯絡，屬於刑法第28條之共同正犯。惟有疑問者在於，無公務員身分之E得否與有公務員身分之D成立期約賄賂罪之共同正犯？

2.因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行者，雖無特定關係，仍以正犯論，觀諸刑法第31條第1項固明，但此專指該犯罪，原屬於具有一定之身分或特定關係之人，始能成立之犯罪，而於有他人加入、參與其犯罪之情形，縱然加入者無該特定身分或關係，仍應同受非難，乃以法律擬制，視同具有身分之正犯，故適用時，應併援引刑法第31條及第28條，以示論擬共同正犯之所從出，亦即擴大正犯之範圍，使無此身分或特定關係之人，變為可以成立身分犯罪（最高法院104年台上字第1684號判決參照）。

3.基此，無公務員身分之E依上開說明，以法律擬制公務員身分，於無阻卻違法及罪責或減免罪責前提下，構成期約賄賂罪之共同正犯。

三、F為某股份有限公司之股東，因懷疑公司董事長G侵占公司之公款，乃於104年2月7日向臺灣臺北地方法院檢察署提出告訴。檢察官偵查後，於同年5月3日為不起訴處分。不起訴處分書於同年5月17日送達F之住所，由F自行收受。F於同年5月20日具狀向臺灣臺北地方法院檢察署聲請再議。試問F之再議是否合法？（25分）

答題關鍵	本題涉及合法告訴權人之認定，須先指出股東非屬合法告訴權人，僅能提出告發而非告訴，由此並可進一步得出再議不合法之結論。
高分命中	《刑事訴訟法(下)》，高點出版，莫律師編著，頁10-25。

【擬答】

F之再議應非合法，說明如下：

(一)F並非屬合法之告訴權人：

【版權所有，重製必究！】

- 依刑事訴訟法(下同)第 232 條之規定，犯罪之被害人，得為告訴，而「被害人」係指因犯罪而「直接」受有損害之人，即其法益因他人之犯罪而直接被其侵害；至於間接或附帶受害之人，則非屬本條之告訴權人，合先敘明。
- 本題針對董事長 G 侵占公司公款之行為，犯罪之直接被害人應為該公司，僅該公司得以犯罪被害人之名義對董事長 G 提出告訴，至於 F 僅為公司之股東，至多僅為間接或附帶受害之人，自非屬合法的告訴權人，法務部 89 年 12 月 28 日(89)法檢決字第 004829 號亦同此見解。

(二)F 依法僅得提出告發：

- 依第 240 條之規定，不問何人知有犯罪嫌疑者，得為告發。
- 故 F 在本題雖非屬犯罪被害人，然仍得依第 240 條之規定，對於董事長 G 侵占公司公款之行為，合法提出刑事告發，故本題 F 所提出之「告訴」，其性質實應屬「告發」。

(三)F 之再議並非合法：

- 依第 256 條第 1 項本文之規定，告訴人接受不起訴處分書後，得於七日內以書狀敘述不服之理由，經原檢察官向直接上級法院檢察署檢察長或檢察總長聲請再議。
- 是僅有告訴人始得依本條之規定合法聲請再議，惟本題 F 申告犯罪事實，其性質僅屬告發而非告訴，雖其有於收受不起訴處分書後七日內聲請再議，然其畢竟非合法之再議權人，自無得合法針對臺灣臺北地方法院檢察署檢察官所為之不起訴處分聲請再議。

綜上，F 之再議並非合法。

四、H 於 104 年 12 月 8 日下班返家後，發現家中之古董失竊，隨即向轄區派出所報案。經警察人員至 H 之住家進行蒐證，並調閱 H 住家附近之監視器，查出竊賊實乃 H 之兩個兒子 I 及 J，I 及 J 亦坦承竊取家中之古董變賣以清償欠債不諱。本案移送轄區地方法院檢察署後，因 I 平日即素行不佳，H 乃向檢察官表示僅欲對 I 提出告訴。試問檢察官應如何終結本案？(25 分)

答題關鍵	本題涉及刑事訴訟法第 239 條告訴不可分之適用，若判斷 H 對 I 已合法提出告訴，其告訴之效力應及於 J，則檢察官自須於偵查完備後對二人皆提起公訴。
高分命中	《刑事訴訟法(下)》，高點出版，莫律師編著，頁 10-34 ~ 10-36。

【擬答】

檢察官應於偵查完備後，對於 I 及 J 二人提起公訴，說明如下：

(一)I 及 J 所犯屬於告訴乃論之罪：

- I 及 J 所為，構成刑法第 320 條第 1 項普通竊盜罪之共同正犯，而由於犯罪被害人為 I 及 J 的直系血親尊親屬 H，再依刑法第 324 條第 2 項之規定，須告訴乃論。
- 故對於 I 及 J 所犯竊盜罪，須經告訴權人即被害人 H 合法提出刑事告訴，檢察官始得於偵查後予以起訴，誤予起訴者，法院須依刑事訴訟法(下同)第 303 條第 3 款之規定，諭知不受理判決。
- 併予敘明者，告訴乃論之罪之「告訴」，屬於訴訟條件而非偵查條件，即便尚未提出告訴，偵查機關仍得進行偵查，故在本題 H 提出告訴之前，警察及檢察官仍得進行偵查活動。

(二)H 對 I 提出告訴之效力及於 J：

- 依第 239 條本文之規定，告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯，此即「告訴不可分」之規定，係為求偵查之便利、訴追條件之充實，自無庸為逐一之告訴，況且告訴權之行使，僅就該犯罪事實是否告訴有自由決定之權，自不允許告訴權人自由選擇所告訴之犯人。
- I 與 J 既為普通竊盜罪之共同正犯，則 H 對於 I 提出告訴之效力，自應依第 239 條本文之規定及於 J。
- 故本題 I 與 J 所犯普通竊盜罪皆經合法提出告訴。

(三)檢察官應於完備偵查後，提起公訴：

- 依第 251 條之規定，檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴。
- I 與 J 所犯普通竊盜罪皆經合法提出告訴，訴訟條件已充足，前已敘及，則倘若檢察官依偵查所得證據已足認 I 與 J 有犯罪嫌疑者，即應依法提起公訴。

【版權所有，重製必究！】